

O DIREITO CONSUETUDINÁRIO DOS POVOS INDÍGENAS E O PLURALISMO JURÍDICO¹

MELISSA VOLPATO CURI²
UNB

RESUMO: *O presente artigo tem como objetivo caracterizar o direito consuetudinário ou costumeiro dos povos indígenas para reconhecer o pluralismo jurídico existente no país. Considerando que cada sociedade tem sua forma própria de organização social, o direito positivo, escrito, codificado e fundamentado na figura do Estado não se apresenta como única fonte de emanção do direito, nem tampouco como uma forma mais segura e justa de se ordenar as sociedades. A ausência da figura do Estado e a oralidade que caracterizam o direito costumeiro dinamizam as sociedades indígenas e ordenam suas comunidades com base em regras imersas no corpo social.*

PALAVRAS-CHAVE: *Direito Consuetudinário; Direitos Indígenas; Pluralismo Jurídico.*

ABSTRACT: *This paper aims to characterize the common or customary law of indigenous peoples in order to identify the legal pluralism existent in Brazil. Whereas each society presents its own social organization; positive law -- written, codified and founded on the state -- is not the only source of law, neither the safest or fairest manner to sort societies. The orality and the absence of the state in form of entity, which characterize customary law, give dynamism to indigenous societies and sort these communities based on the social body's inherent rules.*

KEYWORDS: *Customary Law; Indigenous Rights; Legal Pluralism.*

¹ O presente estudo foi desenvolvido pela autora em sua tese de doutorado *Antropologia Jurídica: um estudo do direito Kamaiurá*, defendida no Departamento de Antropologia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (CURI, 2011).

² Pós-doutoranda em Desenvolvimento Sustentável do Centro de Desenvolvimento Sustentável (CDS) da Universidade de Brasília (UnB), Doutora em Antropologia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), Mestre em Geociência pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Professora Convidada de Legislação Indigenista do Mestrado Profissional em Sustentabilidade Junto a Povos e Terras Indígenas do CDS/UnB.

Introdução

De modo geral, o direito consuetudinário é definido como um conjunto de normas sociais tradicionais, criadas espontaneamente pelo povo, não escritas e não codificadas. O verbete “consuetudinário” significa algo que é fundado nos costumes, por isso chamamos essa espécie de direito também de direito costumeiro.

Diante de suas características, distinguimos o direito consuetudinário do direito positivo, pois este se fundamenta pela existência de uma autoridade política constituída, o Estado, do qual emana todo o seu poder, sendo que aquele vigora e opera independentemente da existência dessa autoridade.

Por outro lado, embora estejamos tratando essas formas jurídicas (direito costumeiro e direito positivo) como distintas, para Cunha (1990), o direito costumeiro só existe em relação ao direito positivo, portanto não há como se pensar nem na sua anterioridade nem na sua autonomia perante o Estado. O direito costumeiro, nesse sentido, só existe em oposição ao direito positivo e seu próprio conteúdo é, parcialmente ou por contraste, informado pela presença do Estado.

Os costumes representam fontes importantes do direito, visto que as normas derivam, em boa parte, dos modos de viver de uma sociedade. No entanto o direito positivo vigente dá aos costumes um valor secundário, colocando o direito costumeiro como algo inferior ou atrasado, como se fosse um estágio anterior à constituição do direito positivo normativo emanado pelo Estado.

Essa concepção deriva, em grande medida, das teses antropológicas evolucionistas, que fundamentam suas teorias na ideia de que toda a humanidade atravessa sucessivamente, seguindo uma única direção, uma trajetória do simples para o complexo, do irracional para o racional, compreendendo três fases de desenvolvimento: a selvageria, a barbárie e, finalmente, a civilização.

Na selvageria estão o arco e as flechas e uma forma de organização política denominada de horda primitiva. Na barbárie estão as cerâmicas, as ferramentas de ferro e uma forma política: a “tribo”. Já no estágio mais avançado, na civilização, ocorre o surgimento da escrita e da forma política do Estado (WOLFF, 2004).

Diante dessa visão, o direito consuetudinário ou costumeiro dos povos indígenas deve ainda transpor essa barreira autoritária que tende a vincular o direito ao Estado, a privilegiar a lei, a codificação das normas, em detrimento da tradição oral e dos usos e costumes que caracterizam dada sociedade.

A ideia da sociedade dominante, que converte a sua cultura em paradigma universal, é a de que esses povos denominados “primitivos” não possuem um sistema de leis, pois a ausência de Estado e de normas escritas demonstra o atraso e o caráter simplificado de sua estrutura social.

Corroborando essa perspectiva, a doutrina jurídica tradicional é unânime em considerar que o direito codificado, ou seja, escrito, favorece mais a certeza do direito que as normas costumeiras, sendo justamente este o motivo que dá à lei uma superioridade sobre o costume. Coloca-se ainda que, com a evolução das sociedades, estas deixam a forma consuetudinária e se transformam, progressivamente, em direito codificado (NADER, 1993).

A tentativa de desconsiderar o direito costumeiro, colocando-o como algo menor ou inferior, não se restringe ao meio jurídico, mas é uma visão ainda presente em outros campos, como o antropológico e o sociológico. Vale citar, na antropologia, a obra de Bronislaw Malinowski (2003): *Crime e Costume na Sociedade Selvagem*, publicado originalmente em 1926, o qual, procurando defender os povos indígenas, refutando para isso posicionamentos que considera preconceituosos em relação às comunidades indígenas, incorre no mesmo erro – tenta inferiorizar os direitos costumeiros e exaltar os aborígenes das Ilhas Trobriand por possuírem, na sua visão, um direito parecido com o sistema jurídico ocidental.

Com certeza, os povos indígenas possuem a sua própria complexidade e suas normas não se restringem a uma simplicidade determinada pela tradição e pela obediência servil, por meio de uma inércia mental, como querem supor muitos estudiosos. Mas, com características particulares, que não devem ser colocadas em um juízo de valor se são melhores ou piores, possuem a sua própria maneira de expressar o seu direito, que é por meio dos costumes, oralmente, passando de geração em geração, num movimento vivo e contínuo.

Na sociologia, podemos citar a obra *Da Divisão do Trabalho Social*, de 1893, de Émile Durkheim (1995). Vale a ressalva de que não está em pauta a importância do autor para a formação do pensamento sociológico, mas apenas a iniciativa de mencioná-lo para levantar suas análises sobre “sociedades primitivas” e “direitos primitivos”. Durkheim (1995), nesse trabalho, cria a ideia de que o direito penal teria precedido o direito civil, e de que este último estaria ausente nas sociedades ditas primitivas, aparecendo somente com o desenvolvimento da sociedade. Para este autor, nessas sociedades prevalecia o “consciente coletivo”, que determinava uma solidariedade mecânica entre os indivíduos, caracterizada pelo direito penal.

Em relação a esse momento do aparecimento das espécies de direito, Malinowski (2003), em sua obra anteriormente citada, foi brilhante e pioneiro, pois, além de derrubar várias ideias equivocadas sobre o direito primitivo, como as noções de “comunismo primitivo”, “propriedade e justiça grupal”, ele também desmistificou a ideia de que nas sociedades “primitivas” só haveria o direito penal, restringindo o direito civil, posterior a ele, às sociedades mais “evoluídas”. Malinowski, mediante análise das relações de troca e das obrigações recíprocas, mostra, em *Crime e Costume na Sociedade Selvagem*, a existência de um direito civil entre os trobriandeses, com espaço para expressão e reconhecimento de interesses individuais.

Muito embora os pensamentos predominantes em relação aos povos indígenas e, por conseguinte, aos seus direitos costumeiros sejam de preconceito e discriminação, vale mencionar que existe um movimento crescente no direito internacional de se criar instrumentos para o reconhecimento por parte do Estado dos direitos consuetudinários dos povos indígenas. Pode-se dizer que uma das razões de existir essa abertura é o fato do direito internacional público ter o costume como sua fonte universal, já que não é comandado por um poder centralizador.

Dentre esses instrumentos internacionais, vale citar a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Interdependentes da Organização Internacional do Trabalho, aprovada em 1989, e a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2007.

O direito costumeiro dos povos indígenas

O direito que estamos nos propondo aqui analisar é aquele que representa não apenas os princípios normativos existentes em uma dada sociedade, mas também o que atua como parte integrante dos processos sociais. É a perspectiva que se aproxima da antropologia do direito que, segundo Oliveira (1985), tem como característica fazer uma abordagem das leis por meio de um fenômeno histórico e cultural, cuja eficácia social e dinamismo devem ser explicados pela inter-relação entre valores e interesses de determinados grupos sociais, com contextos sociais mutáveis e com usos e costumes diversificados (preexistentes ou alternativos).

Essa característica de compreender o direito respeitando o dinamismo social e os fenômenos históricos e culturais é muito importante para situar o direito costumeiro, pois este, ao contrário do que se possa imaginar, não se refere a um conjunto de normas imutáveis e inalteradas desde um tempo imemorial, mas sua concepção atual é de que ele contempla diversos aspectos, que vão desde elementos culturais de períodos pré-coloniais até referenciais contemporâneos que foram incorporados dinamicamente em sua cultura.

Antes de darmos mais profundidade às características do direito indígena, talvez seja importante analisar o que seria, genericamente, o Direito. Existem várias formas de interpretação, mas vamos nos ater àquelas que consideramos relevantes para a análise da questão.

O Direito pode ser definido como ordenamento normativo que:

Abrange o conjunto de normas de conduta e de organização, constituindo uma unidade e tendo por conteúdo a regulamentação das relações fundamentais para a convivência e sobrevivência do grupo social, tais como relações familiares, econômicas (BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, 2000, p. 349).

Para obter o respeito das normas, em última instância, o Direito recorre à força física.

De outra forma, Chase-Sardi (1987) define o Direito como a existência de normas articuladas em um sistema coerente, dirigidas a estabelecer um ordenamento social para regular seu funcionamento e assegurar sua continuidade, impondo-se de forma coativa e sancionando a transgressão de seus preceitos³.

Entender o significado do Direito, diante das mais variadas sociedades existentes, de fato não é tarefa fácil. Considerando a complexidade de interpretação, Korsbaek e Vivanco (2009) ressaltam que existem três posturas diferentes para construção da conceituação das normas jurídicas. A primeira seria aquela fundamentada nos preceitos de Kelsen, que entende o Direito como sinônimo de Estado. A segunda, fundamentada em uma concepção muito mais antropológica, defende a existência do Direito mesmo que não exista a figura do Estado na sociedade analisada⁴. E a terceira, que relaciona os dois conceitos anteriores, defende a possibilidade de analisar sistemas normativos de interação dinâmica.

A terceira postura propõe um novo conhecimento e uma estruturação para a antropologia jurídica moderna. Busca um mecanismo de análise das normas que leve em consideração todos os atores que participam do chamado “sistema normativo”, observando as formas de subordinação existentes nas relações sociais, para que se torne possível a criação de leis mais justas diante da diversidade social existente (KORSBAEK e VIVANCO, 2009).

O entendimento sobre o conceito de Direito faz-se necessário para compreender como ele se estabelece dentro de uma comunidade indígena. A afirmação de que os indígenas não têm leis, incutida no senso comum e na compreensão de juristas mais conservadores, é alimentada pela ideia de que a “primitividade” das relações sociais desses povos não comportaria as características do Direito. Uma concepção ultrapassada dentro da antropologia jurídica moderna.

³ Outros autores ressaltam que o Direito não implica necessariamente uma sanção, e que a licitude, assim como a juridicidade de um sistema, deve ser estudada em função do próprio sistema jurídico e não em relação a outros sistemas (SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, 2006).

⁴ Essa abordagem foi levantada, inicialmente, por antropólogos britânicos, como Bronislaw Malinowski e Isaac Schapera. Posteriormente, foi desenvolvida por estudiosos como Max Gluckman. Essa forma de interpretação deu um novo rumo para as ciências sociais, pois explicitou que a teoria geral do Estado não era mais suficiente para as explicações dos fenômenos políticos e jurídicos que a ciência passou a reconhecer (KORSBAEK e VIVANCO, 2009).

Como afirma Davis:

Em toda sociedade existe um corpo de categorias culturais, de regras ou códigos que definem os direitos e deveres legais entre as pessoas; em toda sociedade surgem disputas e conflitos quando essas regras são rompidas e, para resolver essas divergências, existem meios institucionalizados mediante os quais as regras jurídicas são reafirmadas e/ou redefinidas (DAVIS, 1973, p. 10).

Para caracterizar o direito indígena como um direito consuetudinário ou costumeiro, podemos, de modo geral, levantar dois traços específicos: 1) ele se encontra imerso no corpo social, firmemente entrelaçado com todos os outros aspectos da cultura, com o qual forma uma unidade compacta; 2) ele extrai sua força e seu conteúdo da tradição comunitária expressa nos usos e costumes.

Como ensina Cuevas Gayosso (2000), o direito costumeiro para os povos indígenas atende a uma cosmovisão fundada em princípios ancestrais que está relacionada com a ordem natural dos acontecimentos. São regras aceitas e aplicadas pela sociedade porque a consciência coletiva diz que são boas para os homens. Sua aplicação não requer a inclusão de tais regras em textos normativos, pois o que as tornam legítimas é a consciência comum do grupo que, por meio do conhecimento dos princípios gerais que regem as suas condutas, sustenta as regras determinadas para a resolução de problemas específicos.

Assim, dentre outras peculiaridades, o direito costumeiro se diferencia do direito positivo das sociedades modernas por não separar o aspecto social do aspecto jurídico. O direito para as comunidades indígenas atua submerso no corpo social, nos usos e costumes comunitários, envolvendo tradição oral, sistemas de cargos e fundamentos mágico-religiosos que formam a cosmovisão particular da comunidade. Por outro lado, as sociedades modernas têm necessidade de separar esses dois aspectos – o social do jurídico, criando uma dicotomia entre a forma e o conteúdo.

Uma definição considerada relevante para Cuevas Gayosso (2000) é aquela na qual o direito costumeiro é uma regra de organização comunitária enraizada em uma visão cosmológica. Segundo o autor,

dessa definição é possível retirar duas características principais: flexibilidade e profundidade.

O termo “regra” permite conceber o direito costumeiro como algo que não tem a mesma rigidez do termo “norma jurídica”, utilizado pelo direito positivo. O primeiro permite uma adaptação dentro da sociedade em que se manifesta; ao passo que o segundo, inserido em um contexto diverso, é rígido e sua aplicação corresponde à imposição da referida norma de conduta nos fenômenos sociais.

As regras terão que se adequar às características da sociedade, convertendo-se em uma expressão comum de um grupo determinado e com tendência em resguardar seus valores e princípios essenciais. Nessa perspectiva, Cuevas Gayosso (2000) ressalta a origem fundamental das regras costumeiras, aquela que denomina “visão cosmológica”.

Por meio da “visão cosmológica”, observam-se as diversas fontes do direito. Constata-se que não apenas a vontade do legislador é responsável por criar o direito, mas que as práticas cotidianas, relacionadas à cosmovisão de diversos grupos sociais, resultam também nas criações de regras costumeiras que, mesmo informalmente, tornam-se legítimas para ordenar o convívio social.

Outras características atribuídas ao direito costumeiro, que o difere do direito positivo, é o de não ser escrito nem codificado e o de vigorar sem a presença do Estado. Nessa espécie de direito existe um corpo de regras e costumes delimitado, reconhecido e compartilhado por uma dada coletividade.

O fato de não ser escrito e codificado suscita diversas críticas na tentativa de empobrecer o direito costumeiro. Como visto anteriormente, o direito escrito é visto pela doutrina como um direito mais seguro, dando mais garantias à lei. Entretanto, apesar dessa consideração, não há questionamentos, por exemplo, sobre o sistema jurídico inglês, o qual não possui uma Constituição escrita. Ao contrário, todos reconhecem e dão legitimidade a esse ordenamento legal.

Levanta-se a hipótese, portanto, de que o mais relevante não é o fato de ser escrito ou não, mas de estar relacionado a comunidades ditas “primitivas”, que sempre tiveram seus direitos deixados em segundo plano. Talvez a preocupação maior seja de que, uma vez

reconhecidos, esses direitos deverão ser compatibilizados na prática com o direito positivo vigente. E como diz Venne (1989), considerando que os sistemas legais têm raízes em necessidades e preocupações diferentes, há muito poucas chances de que se tornem compatíveis. Esse seria outro grande desafio – encontrar os mecanismos adequados para compatibilizar o direito consuetudinário indígena com as leis positivas do país.

Para Cunha (1990), embora o direito positivo e o direito costumeiro sejam de natureza e de utilização social diferentes, eles podem conviver pacificamente. No entanto isso não significa que possam ser reduzidos a um sistema único, ou seja, não há como replicar no direito positivo, de forma explícita e substantiva, o direito costumeiro que só faz sentido dentro do sistema em que está inserido.

Pluralismo jurídico

Considerando a diversidade cultural existente no país e a perspectiva de que o conceito de cultura abrange aspectos sociais, mitológicos, religiosos, simbólicos, jurídicos etc., reconhece-se que cada sociedade, dentre elas as indígenas, possui modos próprios de expressar e traduzir a realidade a sua volta. Nesse contexto, contrapondo a proposta de um Direito Estatal monista⁵, introduz-se, como forma de garantir normas internas, a ideia de pluralismo jurídico.

A concepção pluralista surge com a interface entre a antropologia e o estudo das leis, criando uma abordagem interdisciplinar denominada de antropologia do direito ou antropologia jurídica. Para Korsbaek e Vivanco (2009), a antropologia do direito é similar à sociologia do direito, pois ambas estudam a lei como um fenômeno inscrito em um marco amplo da sociedade, buscando identificar o aparecimento da lei como um elemento da dinâmica social da qual faz parte.

Como pontos de referência do pluralismo, vale levantar dois aspectos: o primeiro é o fato de que a realidade plural levanta uma

⁵ A concepção monista defende que o Estado é a fonte única do direito, não existindo, portanto, normas jurídicas sem a presença do Estado.

desigualdade fática que se manifesta em todos os aspectos da vida cotidiana, mesmo que os valores contidos nas concepções dos diversos grupos existentes estejam concebidos dentro das fronteiras de um mesmo país e relacionados por origens históricas. E o segundo aspecto é a coexistência de dois ou mais sistemas normativos em um mesmo espaço.

A palavra “pluralismo” significa qualidade do que não é único ou do que admite mais de uma coisa ou categoria. Caracteriza-se também como o sistema político que se baseia na coexistência de grupos ou organismos diferentes e independentes em matéria de gestão ou de representação.

Diante da conceituação, identifica-se a referida desigualdade fática e a coexistência de dois ou mais sistemas em um mesmo espaço, visto que a pluralidade se manifesta na existência e no reconhecimento das diferenças. Nesse sentido, falar em pluralismo é legitimar a diversidade.

Rouland (2003, p. 158) preconiza duas versões sobre a conceituação de pluralismo jurídico. A primeira, que considera como um conceito fraco, é aquela que reconhece a existência, no seio da sociedade, de mecanismos jurídicos diferentes para tratar de situações idênticas. Como exemplo, cita a utilização pelo comerciante de regras diferenciadas para vender a sua mercadoria. Ao contrário dos demais cidadãos, os comerciantes podem usufruir de normas mais maleáveis.

A segunda versão, tratada como um conceito forte, baseia-se na ideia de que na relação entre os diferentes grupos sociais existem, além do direito estatal, múltiplas ordens jurídicas, que podem coincidir ou divergir. Exemplo dessa perspectiva é o trabalhador imigrante que se submete ao regulamento interno da empresa em que trabalha; utiliza os benefícios sociais previstos pelo direito estatal e, no interior da sua família, redistribui sua renda conforme normas próprias, que não são as do direito estatal.

A proposta do pluralismo jurídico, embora ainda alcançando espaços restritos no meio acadêmico, vem sendo abordada como um novo caminho para a solução de conflitos e para o reconhecimento de normas particulares de grupos e sociedades. Seu objetivo central é demonstrar que o Estado Moderno não é o único agente legitimado a

criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que vão surgindo, ou seja, que não possui o monopólio da produção de normas jurídicas.

Nesse sentido, apresenta-se como uma forma de contrapor a doutrina do monismo jurídico e de reconhecer a multiplicidade das fontes e das relações de direito no interior de um mesmo sistema jurídico. Como ressalta Wolkmer (2001), a intenção não é negar o direito estatal, mas legitimar outras formas jurídicas existentes na sociedade.

O ordenamento jurídico brasileiro admite o pluralismo jurídico. A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 657/1942), por exemplo, exige, em certos casos, que a aplicação da lei brasileira seja afastada para a utilização da lei estrangeira. Além disso, admite-se o afastamento da legislação nacional em caso de arbitragem e de aplicação de regras comerciais e costumeiras (YAMADA e BELLOQUE, 2010).

Especificamente em relação aos sistemas jurídicos dos povos indígenas, essa admissão se encontra no reconhecimento da organização social, costumes e tradições indígenas pela Constituição Federal, Estatuto do Índio, Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

A Sociologia do Direito, como ensina Santos (2010), nas três últimas décadas tem investigado o pluralismo jurídico e chama a atenção para a existência de direitos locais nas zonas rurais, nos bairros urbanos marginais, no desporto, nas igrejas, nas empresas, nas organizações profissionais etc. São formas de direito, segundo o autor, denominadas infraestatais, informais, não oficiais e mais ou menos costumeiras.

Conforme Sánchez-Castañeda (2006), o primeiro teórico a falar sobre um Direito vivo e na possibilidade de uma pluralidade de sistemas jurídicos foi Eugène Ehrlich⁶, que ressaltou o caráter arbitrário e fictício da unidade do ordenamento jurídico. Para esse autor, o ponto central do Direito não se encontra na legislação, nem na ciência jurídica ou na jurisprudência, mas se situa na própria sociedade. Existe um Direito vivo

⁶ Em sua obra *Grundlegung der Soziologie der Rechts*, Munich y Leipzig, 1913 (SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, 2006).

que pode ser conhecido por meio de diferentes fontes, particularmente pela observação direta da vida social, das transformações, dos hábitos e costumes dos grupos (EHRlich apud SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, 2006).

O Direito não é necessariamente um produto do Estado, pois a sua principal origem está nas relações sociais, podendo, portanto, ser tratado como um conjunto de regras que determina a posição e a função dos indivíduos dentro de um grupo social.

Bobbio (2007) diz que é possível identificar duas fases do pluralismo jurídico: a primeira fase corresponde ao nascimento e desenvolvimento da historicidade jurídica, sobretudo por meio da Escola Histórica do Direito, a qual afirma que os direitos emanam direta ou indiretamente da consciência popular. Existe não apenas um, mas vários ordenamentos nacionais, visto que existem muitas nações, cada qual com seu ordenamento estatal próprio. Essa primeira forma de pluralismo jurídico tem um certo caráter estadista.

A segunda fase corresponde à etapa institucional que pressupõe a existência de um sistema jurídico onde quer que exista uma instituição, ou seja, um grupo social organizado. A consequência dessa teoria institucionalista é a fragmentação da ideia universal do direito e um enriquecimento dos problemas existentes entre os sistemas jurídicos, visto que se fundamenta não apenas nas relações entre diferentes sistemas estatais, mas também entre os sistemas diferentes dos estatais, como os supraestatais, os infraestatais, os colaterais ao Estado e os antiestatais.

De forma similar, Woodman (1998), em suas análises sobre o pluralismo jurídico, reconhece a existência de um pluralismo jurídico estatal e de um pluralismo fora das leis estatais. No primeiro caso, haveria instâncias plurais dentro do sistema estatal, como, por exemplo, as diferentes regras e formas de julgamento de acordos comerciais. Nesses acordos, garante-se certa independência no estabelecimento de suas regras, mas, ao mesmo tempo, exige-se uma harmonia com as normas estatais, que estariam acima e abrangendo essas transações. Seria uma espécie de pluralismo de controle.

A outra forma de pluralismo estaria desvinculada do Estado, chamado de pluralismo independente, na qual a organização interna de

uma dada sociedade é regida por leis não estatais, como, por exemplo, os direitos próprios dos povos indígenas.

Para as sociedades indígenas, o pluralismo jurídico introduz um sujeito de direito diferente do proposto pelo sistema envolvente. O direito estatal cria regras para o indivíduo, ao passo que as sociedades indígenas possuem normas coletivas, operadas e recriadas mediante a figura do sujeito coletivo.

Esse coletivo, como sujeito de direitos e deveres, é o que garante a autodeterminação dos povos indígenas, ou seja, o direito do grupo em gerir a sua sociedade e decidir o seu próprio destino. Com base nessa perspectiva, impõe-se um limite de interferência ao direito impositivo e centralizador do Estado. Diferente do papel de interventor, o Estado deve assumir um posicionamento de mediador de conflitos e interesses.

A autonomia do sujeito coletivo deve ser respeitada em termos políticos, administrativos, econômicos, culturais e judiciais, tanto no âmbito interno como externo à comunidade indígena. Entre outros aspectos, a autonomia implica (KORSBAEK e VIVANCO, 2009):

- a) A possibilidade de decidir sobre os assuntos que afetam a sua comunidade, sem interferência e/ou pressão de mecanismos legais externos;
- b) a participação plena nos órgãos democráticos da Nação;
- c) o manejo e administração dos recursos dispostos em suas terras, conforme os seus próprios sistemas normativos;
- d) o reconhecimento da sociedade envolvente do seu território em sentido cosmogônico e material;
- e) controle sobre as suas formas de organização social;
- f) serviços educativos bilíngues nas comunidades indígenas;
- g) o reconhecimento da oficialidade das línguas de todas as etnias dentro de cada território indígena;
- h) respeito à cultura e à tradição indígena;
- i) a proibição da discriminação e do racismo;
- j) respeito à liberdade e condições para uma vida digna.

Na prática, não raras vezes existem conflitos entre o sistema positivo vigente e as normas próprias das comunidades indígenas. Invariavelmente, o posicionamento estatal é o de querer ferir a

autonomia dos povos indígenas ao impor suas regras e sistemas de valores.

De forma mais perceptível, os conflitos ocorrem com maior frequência no âmbito do direito penal, notadamente nos casos tipificados pelo direito estatal como crimes contra a vida, pois estes se fundamentam em um conjunto de valores considerado acima de qualquer outro interesse. A definição dada pelo sistema ocidental de dignidade humana, que envolve o direito inabalável à vida, é considerada como um valor universal, legitimando, portanto, uma atuação mais ostensiva do Estado para coibir o que ele define como crime.

Diante dessa perspectiva, como ensina Yamada e Belloque (2010), o Estado compromete a promoção do justo tratamento que deve ser dispensado no processo penal aos indígenas (agressores ou agredidos), seus familiares e, por vezes, às suas comunidades, pois desconsidera sua organização social e sistema de valores.

O ordenamento jurídico brasileiro não estabelece claramente os critérios e limites de intervenção do direito estatal nos outros sistemas jurídicos que coexistem no país. Se por um lado a legislação definida pelo Estado deve ser aplicada em todo o território nacional, por outro, o mesmo direito estatal garante aos grupos etnicamente diferenciados o direito de viver segundo seus usos e costumes, o que inclui o direito coletivo de definir suas normas internas.

Em relação aos povos indígenas, essa perspectiva geral da legislação e, ao mesmo tempo particular, está clara no artigo 1º, parágrafo único do Estatuto do Índio, que estabelece que aos índios e às suas comunidades se estende a proteção das leis do país, resguardados seus usos, costumes e tradições.

Sobre o assunto, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, no artigo 9º, estabelece o seguinte:

1. Desde que compatíveis com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos a que tradicionalmente recorrem esses povos para a repressão dos delitos cometidos por seus membros.
2. As autoridades e tribunais chamados a se pronunciar sobre questões penais deverão levar em consideração

os costumes desses povos sobre a matéria (OIT, 2003, n./p.).

Como se percebe, apesar da Convenção garantir que as normas internas de repressão aos delitos cometidos pelos indígenas sejam respeitadas, ela coloca o sistema jurídico nacional e os direitos humanos reconhecidos internacionalmente acima dos direitos culturais. Há que se respeitar o direito coletivo, mas este não pode conflitar com o sistema de valores da sociedade dominante envolvente.

Diante de uma legislação que reconhece a diversidade cultural, mas, ao mesmo tempo, continua arraigada em valores etnocêntricos, constata-se que a concretização do pluralismo jurídico ainda é algo em construção, abrindo, portanto, margens a interpretações dúbias e julgamentos equivocados em relação aos direitos indígenas.

Além do questionamento sobre o limite de intervenção do Estado na organização social indígena, outra questão conflitante refere-se à legitimidade das formas punitivas estabelecidas por essas comunidades. Caso o indígena infrator já tenha sido punido pelas normas internas da comunidade, o Estado ainda assim teria direito de impor suas regras punitivas?

Se de fato os sistemas jurídicos dos povos indígenas são reconhecidos, a resposta, com base na própria legislação penal brasileira, deve ser negativa, pois, conforme o princípio do *non bis in idem*, ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato⁷.

Conclusão

As terminologias “direito consuetudinário” e “direito costumeiro” dos povos indígenas só existem na dimensão do direito positivo vigente, que tem como premissa identificar o Estado como fonte única do direito. Nesse contexto, as normas próprias dos povos indígenas ainda são identificados como algo inferior, que supostamente

⁷A expressão latina *non bis in idem*, que significa *sem repetição*, tende a ser vista, majoritariamente, como um princípio geral do direito. Na esfera penal, em primeiro plano, sua utilização ocorre para assegurar que ninguém será punido duas vezes por uma mesma infração e, de forma mais ampliada, para balizar a operação de dosimetria (cálculo) da pena.

promoveria incertezas jurídicas por não estarem codificadas e fundamentadas na figura do Estado.

Muito embora já existam no direito internacional instrumentos jurídicos que reconhecem os direitos costumeiros dos povos indígenas, estes devem estar em consonância com o que preceitua os direitos humanos ocidentais internacionalmente reconhecidos. Assim, se por um lado o ordenamento jurídico internacional identifica a existência de normas legais dentro das sociedades indígenas, por outro, não as legitima se não estiverem em consonância com o que o direito ocidental preceitua como correto e justo.

Com o objetivo de desconstruir o monismo jurídico, a proposta pluralista não apenas reconhece que toda sociedade possui a sua forma própria e legítima de expressar e organizar as suas normas, mas também exige uma nova postura do Estado frente às diversas sociedades que pretensamente busca controlar. Ao invés de um Estado punitivo e repressor, este deve agir mais como mediador de conflitos, reconhecendo a diversidade e oferecendo políticas públicas para o fortalecimento da pluralidade étnica.

Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2007.

BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. e PESQUINO, G. **Dicionário de Política**. Brasília/São Paulo: Editora Universidade de Brasília/Imprensa Oficial do Estado, 2000.

CHASI-SARDI, Miguel. **Derecho Consuetudinario Chamacoco**. Asunción: RP Ediciones, 1987.

CHASI-SARDI, Miguel. **El Derecho Consuetudinario Indígena y su Bibliografía Antropológica em el Paraguay**. Asunción: Universidad Católica, 1990.

CUEVAS GAYOSSO, José Luis. **La Costumbre Jurídica de los Pueblos Indígenas em la Constitución Del Estado de Vera Cruz, México (2000), de la Norma a la Práxis**. Ciudad del México: Universidad Veracruzana, 2000.

CUNHA, Manuela Carneiro da. El Concepto de Derecho Consuetudinario y los Derechos Indígenas em la Nueva Constitucion de Brasil. In: STAVENHAGEN, Rodolfo; ITURRALDE; Diego A. (Orgs.). **Entre la Ley y la Costumbre**: el derecho consuetudinário indígena en América Latina. Ciudad del México: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

CURI, Melissa Volpato. **Antropologia Jurídica**: um estudo do direito Kamaiurá. 2011. 346 f. Tese (Doutorado em Antropologia) – USP, [2011].

DAVIS, Shelton. **Antropologia do Direito**: estudo comparativo de categorias de dívidas e contratos. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

HUAYNA, Gerónimo Romero. **La Globalización**: una plataforma de exclusión de los Pueblos Indígenas. La Paz: Plural Editores, 2008.

KORSBAEK, Leif; VIVANCO, Florecia Mercado. **La Sociedad Plural y el Pluralismo Jurídico**: un acercamiento desde la Antropología del Derecho. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1670/10.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2009.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Argonautas do Pacífico Ocidental**: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélogos da Nova Guiné melanésia. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção Os Pensadores).

_____. **Crime e Costume na Sociedade Selvagem**. Brasília/São Paulo: Editora Universidade de Brasília/Imprensa Oficial do Estado, 2003.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

OIT, CONVENÇÃO 169. Convenção Relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, 7 de julho de 1989. In: MAGALHÃES, E. D. (Org.). **Legislação Indigenista brasileira e Normas Correlatas**, Brasília: FUNAI/CGDOC, 2003. n./p.

OLIVEIRA, João Pacheco de. **Indigenismo e territorialização**: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1985.

ROULAND, Norbert. **Antropologie Juridique**. Paris: Presse Univ. de France, 1990.

_____. **Nos Confins do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo. Los Orígenes del Pluralismo Jurídico. In: MARTÍN, Nuria González. **Estudios en Homenaje a Marta Monireau**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 197-218.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2003.

_____. (Org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

VENNE, Sharon. The New Language of Assimilation: a Brief Analysis of ILO Convention 169. Indigenous Peoples and Law. **Without Prejudice**: The EAFORD International Review of Racial Discrimination, Washington, D.C. v. 2, n. 2, p. 53-67, 1989.

WOLFF, Francis. Quem é Bárbaro? In: NOVAES, Adauto (Org.). **Civilização e Barbárie**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos para uma nova cultura no direito. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

WOODMAN, Gordon R. Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate about Legal Pluralism. **Journal of Legal Pluralism**, n. 42, 1998.

YAMADA, Erika M.; BELLOQUE, Juliana G. Pluralismo Jurídico: Direito Penal, Direito Indígena e Direitos Humanos – uma análise do art. 121 do Código Penal brasileiro. In: VILLARES, Luiz Fernando (Org.). **Direito Penal e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 123-138.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos y justicia. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
